# Fichamento - A obrigação como processo - Clóvis V. do Couto e Silva

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES I (Universidade Federal da Bahia)

Scan to open on Studocu

Studocu is not sponsored or endorsed by any college or university
Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

# Fichamento de “A obrigação como processo”

**COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Rio de Janeiro: FGV, 2006.**

## Prefácio

Foram precisamente concepções ligadas ao positivismo jurídico, profundamente arraigado em nossa história cultural, que retardaram no Brasil, até que viesse a lume *A obrigação como processo*, o reconhecimento da boa-fé objetiva como princípio eminente do nosso direito das obrigações. [p. 9]

A compreensão da relação obrigacional como totalidade ou como sistema de processos permite uma melhor e mais adequada intelecção dos elementos que a compõem, unindo-os todos por um laço de racionalidade. [p. 10]

A originalidade do autor não está, pois, na identificação dessas peculiaridades da relação obrigacional e nem mesmo, portanto, no título que deu à sua tese, mas sim em ter constituído aquelas peculiaridades em permanente fio condutor de sua análise do nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional em todas as suas fases e momentos, sempre polarizado por um fim que é o adimplemento e a satisfação dos interesses do credor. [p. 11]

A concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexo finalístico tem posição relevante. [p. 12]

A unidade funcional e a separação relativa de planos, entre direito das obrigações e direito das coisas, é que tornam possível considerar a obrigação como um processo, dando-lhe específico significado jurídico. [p. 12]

A cisão entre negócio jurídico obrigacional, constitutivo do vínculo, e o negócio jurídico de direito das coisas, negócio jurídico de adimplemento, e que tem, obviamente, caráter dispositivo, chamado de “acordo de transmissão”, é, antes de tudo, uma exigência lógica. [p. 12]

Uma vez, porém, que o acordo de transmissão, entre nós, é negócio jurídico causal, e não abstrato, como ocorre no sistema germânico, não há como deixar de reconhecer que a vontade que lhe é indispensável “deve ser considerada co-declarada no negócio de compra e venda”. [p. 13]

É o apreço pela ciência, pelo método científico e pela coerência do sistema que leva o autor a encontrar a solução teórica para os efeitos do pré-contrato de compra e bem de bem imóvel, sem cláusula de arrependimento, quitado e registrado, em oposição à doutrina então dominante e a à jurisprudência consolidada dos tribunais. [p. 15]

Para Clóvis do Couto e Silva, a obrigação que resulta de pré-contrato de compra e venda de bem imóvel, sem cláusula de arrependimento, quitado e registrado, é a obrigação de fazer, consistente no chamado contrato definitivo de compra e venda. [p. 15]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

"O pré-contrato não tem a qualificação jurídica de negócio de disposição, pois não se situa no plano do direito das coisas". Desse modo, apesar de termos do art. 22 do DL 58 e do entendimento firmado pela jurisprudência, reconhecendo a eficácia real ao pré-contrato, Clóvis reitera: "A exata exegese, a nosso ver, está em considerar o pré-contrato como gerador, em princípio, de mera obrigação de fazer. Esta é a obrigação principal definidora da categoria". [p. 15]

## Introdução

O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. [p. 17]

Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos. A concepção de relação jurídica como totalidade é relativamente recente. A ela aludiu Savigny, ao definir a relação jurídica como um organismo. [p. 17]

A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. *Lato sensu*, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres, obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. *Stricto sensu*, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos. [p. 19]

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. [p. 19]

Com a expressão "obrigação como processo", tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. [p. 20]

A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. [p. 20]

Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo. [p. 20]

A concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexo finalístico tem posição relevante. [p. 21]

## Capítulo I – Os princípios

O desenvolvimento da relação obrigacional, polarizado pelo adimplemento, está condicionado por certos princípios gerais, ou específicos a cada tipo de obrigação, ou comuns a alguns deles. [p. 23]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

Entre os gerais, a nosso juízo, devem-se incluir o da autonomia da vontade, o da boa-fé e o da separação entre as fases, ou planos, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento. [p. 23]

**a. A autonomia da vontade**

Como é hoje conhecido, não foi legado de Roma. Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. [p. 24]

A vontade negocial é passível, entretanto, de restrições, quer no momento em que o negócio jurídico se conclui, quer no regramento das cláusulas contratuais. Tais restrições podem ocorrer pela incidência de lei, ou de ato administrativo, ou ainda por motivo de desproporção entre o poder social e o individual. [p. 26]

- **Restrição à autonomia da vontade no momento da conclusão do negócio jurídico**

A liberdade para concluir negócio jurídico é a finalidade que tem cada um de decidir se quer e com quem quer realizá-lo. Tal liberdade pode, excepcionalmente, ser restringida, a ponto de transformar o negócio em ato de cogência. É o que ocorre com os denominados "contratos ditados", utilizados em certos tipos de planificação econômica.

No que diz respeito à escolha do outro sujeito da relação contratual, os exemplos multiplicam-se. A restrição de só poder realizar o contrato com determinadas pessoas decorre de certas condições, legais ou naturais. [p. 26]

- **Restrição à autonomia da vontade para o regramento das cláusulas contratuais**

No direito das obrigações, o princípio dominante é o da livre formação de tipos (...). As partes podem organizar como lhes aprouver o conteúdo do negócio jurídico e não vinculadas, como ocorre com os direitos reais, a um *numerus clausus*. [p. 28]

Com relação à incidência de leis limitadoras do poder de regulamentar cláusulas, discute-se a aplicação de certas garantias e direitos individuais, previstos, entre nós, no art. 5º da CF/88. [p. 29]

Por certo, existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado quanto perante os indivíduos *ut singuli*. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, *ipso facto*, nulo. [p. 29]

Os negócios jurídicos do tipo dos *restrictive covenants* não ferem apenas o princípio constitucional da igualdade perante a lei, mas infringem também princípio de direito que é limite da autonomia da vontade: o dos bons costumes. A nulidade, portanto, dessas convenções vincula-se a princípio geral de direito de conteúdo dinâmico. [p. 30]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

A faculdade de determinar o conteúdo do negócio jurídico pode ainda ser restringida em razão do desnível de poder econômico, do qual decorre a fixação unilateral das condições gerais do contrato, como sucede nos contratos de adesão. [p. 30]

Apesar disso, as exigências do tráfico econômico moderno têm mantido, como fenômeno irreversível, os chamados contratos de adesão. [p. 31]

Surgiram ainda outras formas, em que as questões de invalidade do negócio jurídico, ligadas à *voluntas* do agente, não aparecem com a mesma nitidez e clareza. Tal ocorre nos contratos de massa. [p. 31]

A autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram num período de transformação e de reelaboração dogmática. De um lado, a intervenção estatal, os atos de planificação e os formativos de direitos privados e, de outro, a tipificação social, e, sobretudo, os atos jurídicos de caráter existencial, forçaram a revisão dos conceitos. [p. 31]

Não se conclua, porém, que a vontade foi relevada a segundo plano. Ela continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. [p. 31]

No fundo, cuida-se de uma harmonização da teoria de Windscheid – o direito subjetivo como poder da vontade – com a de Jhering – o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido –, abrangendo campos definidos dentro da teoria das fontes das obrigações. [p. 32]

**b. Boa-fé**

O dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*. Mas tais deveres não se manifestam em todas as hipóteses concretas, pois que em muitos casos, dependem de situações que podem ocorrer, seja no próprio nascimento do dever ou no seu desenvolvimento. A doutrina, contudo vem encontrando área de acordo na circunstância de que em toda e qualquer vinculação, exceto nas provenientes de atos ilícitos, é possível o surgimento de deveres dessa natureza. [p. 33]

- **Boa-fé e o Código Civil**

Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina o aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos. [p. 33]

O princípio da boa-fé, no CC/02, não foi consagrado em artigo expresso como regra geral (...). Contudo, a inexistência de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

(...) que engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. [p. 33]

O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração. [p. 34]

O que importa contrastar é que os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica. [p. 35]

- **Boa-fé e interpretação**

Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não constitui de duas volições, ou de uma oferta e de uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado. [p. 35]

O princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora. [p. 36]

- **Boa-fé e usos de tráfico**

Ao contrário do que sucede com a boa-fé, os usos de tráfico, para incidirem como norma, necessitam recepção legislativa. [p. 37]

O uso é assim meio legal de interpretação. Uma vez admitido em artigo de lei, passa a integrar o negócio jurídico, complementando a declaração de vontade das partes, não sendo alegável, consequentemente, erro a respeito de sua existência ou significação. [p. 37]

No direito civil brasileiro, por ausência de artigo expresso, os usos de tráfico penetram como simples elemento auxiliar, para a interpretação da vontade dos contratantes. [p. 37]

- **Boa-fé e autonomia da vontade**

Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são denominados deveres secundários, anexos ou instrumentais. [p. 37]

Constituindo a boa-fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade. [p. 38]

Há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé. A hipótese mais comum é a de gestão de negócios. [p. 38]

Nas obrigações de meios, isto é, naquelas obrigações que se relacionam com atividades profissionais e artísticas, e nas quais o resultado pretendido (a cura do paciente, por exemplo) pode ou não ser alcançado, sem que decorra qualquer consequência, o que radica na autonomia da vontade e o que nasce da boa-fé fundem-se num só elemento, formando, desde logo, o conteúdo do contrato. [p. 39]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

- **Boa-fé e culpa**

É princípio consagrado, inclusive em nosso código, que se a prestação se tornar impossível, no todo ou em parte, por circunstância imputável ao devedor, deve este reparar os danos causados em razão do inadimplemento. Esse princípio, porém, tem que ser conjugado com o da boa-fé. [p. 40]

Compreendida a relação jurídica como um todo, a liquidez do princípio da culpa vai encontrar sua justa medida na contemplação da conduta do outro figurante. [p. 40]

- **Boa-fé e motivo**

Segundo o Código Civil, os motivos só são relevantes quando expressos como razão determinante do ato ou sob a forma de condição. [p. 40]

A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. [p. 41]

- **Boa-fé e direito dos juízes**

A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, "janelas para o ético". [p. 42]

**c. A separação entre as fases do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento**

Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor. O adimplir determina o afastamento, a liberação. [p. 43]

O processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. [p. 43]

Nas hipóteses de *obligatio facendi*, o cumprimento, salvo nos casos de pré-contrato, é ato-fato; na cessão de crédito, por sua vez, é negócio jurídico dispositivo. [p. 44]

A distinção entre a fase do nascimento e do adimplemento adquire, entretanto, sua máxima relevância, dogmática e prática, quando o adimplemento importa em transmissão da propriedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas. [p. 44]

- **Teoria da causa no direito romano e medieval**

A teoria atual da causa, como fundamento ou base do ato jurídico, é o resultado da generalização de regras isoladas do direito romano, atinentes à *traditio*. [p. 44]

  - **A causa na *traditio* e na *conditio***

Verdade é que, entretanto, o conceito fundamental do direito romano clássico era o de *actio*. A obrigação não nascia somente porque as partes o quisessem, mas sobretudo porque existia uma *actio iuris*

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

*civilis* para a hipótese, muito embora a *actio* não fosse concedida caso as partes não visassem o efeito obrigacional. [p. 45]

Lenel, examinando a *conditio ob rem*, define a causa do ato jurídico ao afirmar que, "juridicamente relevante é somente o fim da prestação que for fundamental para sua natureza econômica". [p. 46]

Desenvolveram-se, assim, diversos tipos de causa, sob uma unidade conceitual. [p. 47]

- **A causa no direito medieval**

Os juristas medievais continuaram a elaboração romanística, e a eles se deve, em muito, o conceito atual de causa. [p. 47]

- **A causa no direito moderno e o problema da separação de planos**

O direito moderno reelaborou a teoria da causa. Daí surgiram duas linhas de pensamento ou duas correntes (objetiva e subjetiva), que, respectivamente, salientaram os aspectos emergentes da *iusta causa traditionis* e da *conditio ob causam*. Por fim, vincularam-se ambos os conceitos através da função objetiva do negócio jurídico, o que ensejou a ligação do ato jurídico antecedente ao subseqüente. [p. 48]

A doutrina, denominada clássica, examinou o conceito de causa e relacionou-o ao de atribuição patrimonial. [p. 49]

Em se tratando de transferência de bens, vale o axioma de que não há atribuição sem causa. A causa existe sempre, embora os sistemas jurídicos, em certos casos, possam impedir a sua verificação, abstraindo-a. [p. 49]

O Código Civil brasileiro adotou posição intermediária, ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente, princípio este que a jurisprudência estendeu à transferência de imóveis pela transcrição. [p. 49]

- **Direito germânico**

No sistema alemão, direito das obrigações e direito das coisas se encontram rigidamente separados, de sorte que o acordo de transmissão – ou seja, o negócio jurídico dispositivo que adimple a obrigação – é abstrato e se situa no plano do direito das coisas. [p. 50]

A separação de planos é decorrência lógica da distinção entre negócio jurídico obrigacional e real. [p. 51]

No plano sociológico tal separação muitas vezes não é percebida, nem materialmente perceptível. No plano jurídico, porém, ela o é, além de necessária, evidenciando-se nítido o discrime entre o ato que cria a obrigação e o que a satisfaz. [p. 51]

- **Direito brasileiro**

O sistema adotado, no Código Civil brasileiro, é o da separação relativa. [p. 52]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

Em sistema de separação relativa, a declaração da vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada co-declarada no negócio obrigacional antecedente. É que na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. [p. 52]

Essa vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. (...) Essa inseparabilidade de vontades, entretanto, só existe, como tal, no plano psicológico. No plano jurídico, bifurca-se essa vontade unitária, a fim de encher negócios jurídicos de dimensões diferentes: o obrigacional e o de adimplemento, ou de direito das coisas. [p. 53]

Mas a vontade de adimplir, como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seja, a sua vez, negócio jurídico. [p. 53]

A divisão em planos não tem por finalidade apenas determinar se o ato é abstrato ou causal, ou diferenciar nascimento de obrigação de seu adimplemento, mas é útil, sobretudo, ao estabelecimento de um discrime entre os princípios e os requisitos dos atos que se inserem num ou noutro setor. Esse discrime é básico, e tem sua maior importância quando se trata de adimplemento que consista na transferência de propriedade. [p. 54]

No direito brasileiro, entretanto, a vontade deve ser considerada como co-declarada no negócio de compra e venda. [p. 55]

A tradição é ato real, ato-fato, insusceptível de sofrer condição. [p. 56]

É necessário, pois, separar a mera entrega de um objeto da declaração de vontade que repercute no plano do direito das coisas e que informa o negócio dispositivo. Quando coincidirem no tempo, a declaração de vontade – que gera o negócio obrigacional e real – e a entrega do objeto prometido, a eficácia efetua-se instantaneamente. [p. 56]

- **Consequências da separação de planos**

A principal delas é a determinação do objeto da dívida, que se constitui em regra também de grande importância e incide sobre o plano obrigacional. [p. 59]

A determinação é requisito não só do sujeito, mas também do objeto. A determinação quanto ao último aspecto opera-se sempre no plano obrigacional e refere-se às obrigações de dar coisa genérica e às alternativas. A determinação que se opera no plano obrigacional é, entretanto, requisito do pagamento, do adimplemento. Para que alguém possa solver é imprescindível que o objeto da prestação (o bem, a coisa) esteja perfeitamente individuado. [p. 60]

Constitui-se, por isso, a determinação do objeto em requisito da eficácia do negócio dispositivo. [p. 60]

O adimplemento, como tal, não pertence à “construção” da obrigação, pois é o ato que a extingue. [p. 60]

Não é apenas o pagamento que extingue a dívida, mas o pagamento eficaz. [p. 61]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

Por fim, a separação de planos tem efeitos no tocante ao tipo de ação que será utilizada. Se se tratar de demanda para adimplemento, a ação será pessoal e ensejará execução específica, como adiante será visto. Se o imóvel já tiver sido transcrito, a ação poderá ser reivindicatória, se bem que nessa hipótese já estará extinta a obrigação principal, pela realização do pagamento. A ação aí será de domínio, sem qualquer relação com o vínculo obrigacional, salvo no que respeitar a uma eventual verificação de causa. [p. 61]

## Capítulo II – A obrigação como processo

Como conceito geral, verifica-se que a finalidade é imprescindível a todo e qualquer ato jurídico. [p. 63]

De alguns negócios jurídicos brotam obrigações cujo adimplemento se pode considerar realizado, ainda que não se obtenha o fim do contrato e mesmo que não se tenha verificado o obstáculo da *vis major*. Os autores franceses, os primeiros que observaram esse fenômeno, denominaram e dividiram as obrigações em "de meios e de resultado". [p. 64]

O médico – e esse parece ser o melhor exemplo – não se obriga, via de regra, à cura do doente, ainda que assim se possa vulgarmente pensar. [p. 64]

Os princípios jurídicos examinados no capítulo precedente comandam o nascimento de deveres e direitos (fontes) e o desenvolvimento das obrigações. [p. 65]

### a. A crise da teoria das fontes

A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. [p. 65]

- **A teoria da subsunção**

Sob esse ângulo, a norma pode ser decomposta como toda e qualquer proposição: sujeito, predicado e imputação do predicado ao sujeito. [p. 66]

Inclinamo-nos a considerar que o suporte fático seja condição para ingresso de efeitos jurídicos (...). O fato jurídico surge em razão da concreção das normas e dos princípios jurídicos sobre o fato de que resulta ou, pelo menos, pode resultar direito e dever. Há também fatos jurídicos ineficazes, isto é, dos quais não promanam direitos e deveres. [p. 66]

Os fatos jurídicos situam-se na dimensão da existência, e os direitos e deveres na da eficácia. Tanto a existência quanto a eficácia pertencem ao plano do pensamento. [p. 67]

Em realidade, o que sucede no mundo do direito nem sempre é um imperativo, nem sempre dá margem à constituição de direitos e deveres. [p. 67]

This document is available on studocu
Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

O direito, todavia, não se esgota com o mero exercício dos axiomas lógico-formais. Daí, por que, em determinado momento histórico, o direito sempre apresenta lacunas que a interpretação vai preenchendo. [p. 68]

- **As lacunas e a cláusula geral**

O aspecto lógico-formal da subsunção consiste em verificar se os fatos que a norma descreve em abstrato realmente ocorreram no mundo social, sendo que, em hipótese afirmativa, esses atos "entram" no mundo jurídico. [p. 68]

Daí decorreria o postulado de que não haverá direito sem fundamento em lei ou que dela não puder ser deduzido. Essa teoria rígida das fontes encontrou sua justificação com o positivismo. [p. 68]

Em suma, a sistemática atual é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos. [p. 69]

O direito material, atualmente, é causa do direito formal. [p. 70]

**b. Fontes das obrigações**

Gaio já dividia as obrigações em *ex contractu* e *ex delictu*. Com as *Institutas* de Justiniano, aparecem, ao lado da divisão tradicional, as *quase ex contractu* e as *quase ex delictu*. [p. 71]

Pontes de Miranda define a obrigação, na esteira da tradição romanística, tendo presente a obrigação perfeita, como "relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, a prestação". [p. 71]

O objeto da obrigação é a prestação, e esta sempre constitui um ato humano. [p. 71]

A classificação das fontes obedece à dos fatos jurídicos; realiza-se no plano da existência. A obrigação, a seu turno, é eficácia de fato jurídico. [p. 71]

- **Negócio jurídico**

Às fontes recebidas pelo Código Civil francês, contrato, quase-contrato, delito, quase-delito, acrescentou-se a lei. Depois foi aquela classificação sintetizada de modo a consagrar como fonte das obrigações apenas o contrato e a lei. [p. 72]

O negócio jurídico é conceito que a dogmática estabeleceu, ao distinguir graus diferentes de valorização da vontade pelo ordenamento jurídico. Define-se, então, negócio jurídico como o ato suscetível de ser condicionado, de ser posto sob termo ou encargo. (...) É ato de autonomia, auto-regulamento de interesses privados. [p. 72]

Que se faça necessário a vontade claramente exteriorizada, perceptível, inequívoca, não cabe dúvida. Mas, se o veículo é a palavra, ou o fato concludente, a exteriorização nenhuma influência terá para o efeito de qualificar o ato como negócio jurídico. [p. 73]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

Concluiu-se ser suficiente que o declarante queira o efeito econômico ou prático, como assegurado juridicamente, servindo-se, para obtê-lo, dos meios que o direito põe à sua disposição. [p. 73]

- **Atos em sentido estrito**

Além dos negócios jurídicos, existem outros atos voluntários, denominados atos em sentido estrito. A eles são aplicáveis as disposições relativas ao negócio jurídico. (...) A diferença está em que, nestes, os efeitos derivam *ex lege*. [p. 73]

Nos atos em sentido estrito, qualquer que seja a vontade, os efeitos serão somente aqueles determinados pela lei. [p. 73]

As espécies mais comuns de atos em sentido estrito são as interpelações (exigências de pagamento); determinação de prazo (exigência de prestar dentro de determinado período de tempo); comunicações a respeito, por exemplo, da cessão de um crédito em favor de uma pessoa; certos reconhecimentos, como o de uma pretensão, como a prescrição consumada. [p. 74]

Os atos em sentido estrito, para validade, exigem agente capaz, pois considera-se nesse tipo de ato o movimento volitivo. No ato-fato não há vontade, não se pode cogitar de validade ou de invalidade em razão de vício. [p. 74]

- **Atos-fatos**

Constituem essa categoria aqueles atos ou aquelas atividades que produzem um resultado fático, uma transformação no mundo material, ao qual a lei atribui efeitos jurídicos. Pontes de Miranda deu-lhes a noção exata ao dizer que são atos que entram no mundo jurídico como fatos. [p. 75]

As hipóteses costumeiramente enumeradas são as de especificação, comistão, separação de frutos e aquisição de posse. Recentemente acrescentou-se o “contato social” (...) bem como os atos existenciais. [p. 75]

  - **Contato social**

Aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações quando não existe contrato. [p. 75]

O ato-fato, ato material, é completamente indiferente à vontade e, em consequência, ao fim. [p. 76]

  - **Atos existenciais**

São atos absolutamente necessários à vida humana (...). Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água, etc. Ninguém poderá pensar em anulá-los desde que se realizem dentro de moldes normais e adequados, sob a alegação, por exemplo, da incapacidade de uma das partes. O número de atividades, que se insere na esfera do necessário ou existencial, depende dos usos e das concepções de vida de cada povo, havendo, porém, um mínimo comum. [p. 78]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

- **Atos de direito público formativos de direito privado**

A respeito da possibilidade de formação de direitos e deveres através de "contrato ditado", diverge a doutrina. [p. 78]

O "contrato ditado", como "vontade ou fato do príncipe", visualizado na dimensão do direito privado, assemelhar-se-ia a um "ato-fato", por não ter havido cooperação do particular para sua existência. Sob o ângulo do direito público, cuida-se de ato administrativo formador de direitos subjetivos privados. [p. 79]

O que caracteriza o contrato ditado é o seu nascimento por ato de direito público e a submissão das ulteriores fases da relação obrigacional às regras de direito privado. [p. 79]

Certamente, não se pode haver como contrato, como negócio jurídico, pelo menos no conceito atual, o "contrato ditado", pois falta-lhe o elemento volitivo. [p. 79]

- **Fontes com suporte fático normado**

O que se valoriza é o resultado material, a transformação que se opera no mundo dos fatos, e pode, por esse motivo, ser qualificada como ato-fato. [p. 80]

Para o conceito de obrigação como processo é importante a distinção entre fontes com suporte fático normado e negociais. Em ambas haverá, é certo, a separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento e a do adimplemento ou satisfação. [p. 81]

O discrime entre fontes negociais e normadas é ainda relevante, pois embora em ambas as hipóteses o processo obrigacional seja polarizado pelo adimplemento, quando se verificar fonte normada, o desenvolvimento da relação se realiza conforme o "programa" traçado pela lei. [p. 81]

**c. Estrutura e intensidade do processo obrigacional**

Desenvolveu-se, então, o conceito de débito, de dever prestar, a que corresponde o direito de exigir do credor, transformando-se a responsabilidade pessoal em patrimonial. [p. 82]

A prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade. [p. 83]

Afirma-se, hoje, que à obrigação perfeita do devedor corresponde pretensão e ação do credor. [p. 84]

Nas "obrigações naturais" há direito, mas não pretensão, porque, nelas, o devedor está completamente à vontade de adimplir, ou não, o devido. Por faltar-lhes pretensão, não prescrevem, uma vez que o instituto da prescrição supõe responsabilidade. [p. 84]

- **Graus de intensidade das obrigações principais**
    - **Obrigações perfeitas**

As obrigações principais são de dar, restituir, fazer e não fazer. [p. 84]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

Entre as obrigações positivas, incluir-se-iam as de dar, fazer e restituir e entre as negativas as de não fazer. [p; 85]

Pontes de Miranda recentemente definiu ambas as obrigações de modo original: “As prestações de dar seriam prestações de objeto, supõem que se haja de prestar bem já existente (...)”. As obrigações de fazer recaem sobre atividades determinadas, como, por exemplo, pintar um quadro, escrever um livro, tocar uma peça ao piano ou violino e estudar uma lição, e dar uma aula. [p. 85]

Por vezes, a obrigação de dar é acessório da de fazer, como na hipótese de escrever um livro. [p. 85]

As obrigações principais dividem-se, segundo a eficácia, em perfeitas e imperfeitas. As perfeitas são dotadas de pretensão e ação, tanto vale dizer, podem ser exigidas (direito material) e acionadas. Nem sempre, contudo, caberá execução direta, embora haja pretensão à pretensão primária. Entre as que não admitem execução direta estão, via de regra, às de fazer. [p. 86]

As “obrigações naturais” constituem, por igual, obrigações principais, quando sejam razão de existência de determinado contrato. A eficácia, no entanto, é de menor intensidade, pois não há pretensão e ação.

- **“Obrigações naturais”**

As obrigações naturais são, de modo geral, as de jogo e aposta, as de honra e as de crédito com pretensão prescrita. [p. 86]

Deram-lhe, alguns, o nome de obrigações imperfeitas, por verem imperfectibilidade, seja na ausência de pretensão, seja na de ação. [p. 87]

- **Dívidas de jogo e aposta**

O Código Civil determina que “as dívidas do jogo, ou aposta, não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”. [p. 87]

Os jogos proibidos não produzem obrigações naturais. [p. 87]

- **Dívidas de honra ou morais**

Não se pode admitir, sem abrir brecha nas bases da ciência jurídica, que todos os deveres morais se juridicizem para servir de suporte ao adimplemento de uma obrigação de honra. [p. 89]

O adimplemento com consciência de tratar-se de obrigação moral deve ser considerado doação. [p. 89]

- **Dívidas prescritas**

As dívidas prescritas são dívidas dotadas de pretensão e ação. De nenhum modo podem ser consideradas meros deveres. [p. 90]

Se alguém adimple no desconhecimento de estar prescrita, o erro de nenhuma forma influirá, pois a obrigação, salvo a exceção pendente, é, em tudo, igual a qualquer outra obrigação. [p. 90]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

A obrigação prescrita, ou mesmo a dívida de jogo, nada tem que ver com nulidade. [p. 90]

- **Deveres secundários**

Os deveres que nascem da incidência do princípio da boa-fé são denominados secundários, anexos ou instrumentais. [p. 91]

No nosso Código Civil, os deveres secundários não aparecem formando um sistema, mas em alguns artigos se fazem presentes, de regra, relacionados com a culpa. [p. 92]

Podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência. [p. 93]

- **Deveres de indicação e esclarecimento**

O dever de esclarecimento, como seu nome indica, dirige-se a outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o *alter* tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente. Esclarecimento, evidentemente, relacionado a alguma circunstância relevante. [p. 94]

Ninguém pode estar obrigado a esclarecer aquilo de que não tenha conhecimento preciso. [p. 94]

- **Deveres de cooperação e de auxílio**

Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação. [p. 96]

Denominam-se deveres de auxílio certo tipo particular que nada tem que ver propriamente com as prestações principais, objeto do escambo. [p. 96]

- **Deveres independentes e dependentes**

Os deveres anexos dividem-se em deveres independentes e dependentes. (...) Alguns deles são suceptíveis de ultrapassar o término da obrigação principal, de assim terem vida própria. Em razão dessa particularidade, podem ser acionados independentemente da prestação principal. [p. 96]

As obrigações anexas dependentes são considerdas pertenças das obrigações principais. O seu descumprimento acarretará também o do dever principal. Por esse motivo, não tem acionabilidade própria. [p. 97]

- **Deveres do credor**

Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres como os de indicação e de impedir que a sua conduta venha dificultar a prestação do devedor. [p. 97]

Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. [p. 98]

- **Ônus e deveres para consigo mesmo**

Não constituem deverem em sua verdadeira acepção. Somente podem ser considerados ônus, algo que não pertence ao mundo jurídico, mas ao mundo dos fatos. (...) Dever é sempre dever para com alguém. [p. 98]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

**d. Teoria da impossibilidade**

- **Impossibilidade absoluta e relativa**

Uma é a impossibilidade antes e no momento da feitura do negócio jurídico (inicial), e a outra, a ele posterior, denominada superveniente. Ambas podem ser absolutas ou relativas. [p. 98]

Diz-se que a impossibilidade é relativa, quando falta ao devedor meios para prestar; tem aí o significado de insolvência – o bem não está no patrimônio. A impossibilidade absoluta o é para todos; nem A nem B nem C, nem qualquer outra pessoa pode prestar. A impossibilidade ocorre sem culpa ou com culpa do devedor ou do credor. [p. 98]

O negócio jurídico, cuja prestação é impossível de modo absoluto, impossibilidade essa inicial, é nulo. A impossibilidade relativa inicial não anula o negócio jurídico, pois, ainda que não possua o bem na conclusão do negócio, poderá prestar, uma vez que a impossibilidade não o é para todos, isto é, absoluta. (...) Entendeu Pontes de Miranda que a impossibilidade superveniente que libera é somente a absoluta. [p. 99]

O momento para caracterização de impossibilidade inicial é o do aperfeiçoamento do negócio jurídico. (...) Se o ato estiver sob condição suspensiva ou a prazo inicial e se, no período de tempo entre a conclusão do ato e a realização da condição ou do termo, tornar-se possível a prestação, o contrato será válido e eficaz. [p. 101]

Via de regra, em se tratando de insolvência, o devedor, salvo cláusula limitativa ou excludente, assume o risco de que o resultado, a prestação principal, se efetive. Se tal não ocorrer e se não houver a mencionada cláusula, não poderá o dever alegar ausência de culpa. [p. 102]

Na hipótese de venda que dependa de licença, afirma-se que a impossibilidade é prévia porque ela existe desde o momento, ou antes, ainda, do aperfeiçoamento do ato. A hipótese, portanto, tem sido tratada como insolvência inicial. (...) A figura, porém, deve ser parificada como a da venda sob condição, no caso, de que a licença seja concedida. [p. 103]

- **Destruição culposa do bem**

Em se tratando de perecimento culposo, devido, portanto, à conduta imputável ao devedor, o princípio é de que este responderá pelo equivalente mais perdas e danos. Cogitando-se de deterioração, por sua vez, o princípio é o de que "poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos". [p. 103]

- **Impossibilidade econômica**

Com a aplicação do princípio da boa-fé, se amenizaram em muitos casos soluções que externamente eram ou seriam consideradas injustas, tendo em vista sua extraordinária dificuldade, que fazia equiparar com a impossibilidade, equiparação essa não decorrente de uma mera equidade do momento, ou de ocasião, mas derivada de uma proposição jurídica, de uma norma não escrita. [p. 104]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

- **Sentido de adaptação**

É conquista relativamente recente na dogmática jurídica o princíoio de que a vontade do legislador não prevalece na interpretação da lei, porque essa precisa adaptar-se às condições sociais. [p. 105]

Do conceito de impossibilidade econômica, transferiu a jurisprudência a sede do problema para o dos atos de abuso de direito, do exercício inadmissível de pretensão com a incidência não mais dos princípios que comandam a impossibilidade ou insolvência, mas dos que norteiam a boa-fé. [p. 106]

- **Direito brasileiro**

Tem-se manifestado a tendência de abranger no conceito de prejuízos em razão da mora a desvalorização da moeda. [p. 107]

Desaparece a base do negócio jurídico quando a relação de eqüiponderância entre prestação e contraprestação se deteriora em tão grande medida, que de modo compreensível não se pode mais falar em contraprestação. Em razão da falta de equivalência pode a parte lesada exigir aumento compatível da contraprestação. Se houver recusa, poderá resolver o contrato ou denunciar a prestação duradoura já iniciada. [p. 108]

Para atingir o princípio da equivaência, anteriormente aludida, em se tratando de perda da base objetiva do negpocio, é preciso que não se trate de contrato aleatório, de especulação, ou daqueles em que o risco é imanente à empresa. [p. 108]

- **O art. 868 do Código Civil e o princípio da equivalência**

"Até a tradição, pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço. Se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação" (art. 868 do CC/02). Eis aí, de modo expresso, o princípio da equivalência. [p. 109]

- **Teoria dos riscos**

A análise que vamos iniciar endereça-se à impossibilidade superveniente e cuida-se de saber quem suporta os riscos. [p. 109]

- **Riscos nos contratos bilaterais**

Em se tratando de contratos bilaterais, o risco corre por conta do devedor da prestação. No que toca, porém, à transferência de propriedade de coisas móveis, o risco só se transfere do vendedor ao adquirente com a tradição. [p. 110]

No que respeita aos imóveis (...) se admite que o risco se transfira ou com a tradição ou com a transcrição, sendo decisivo saber qual desses dois atos ocorreu primeiro. (...) Mas é preciso ver se o devedor adimpliu toda a obrigação. [p. 111]

Via de regra, não sofre o risco aquele que adimpliu, pois que então se transfere o *periculum rei* ao *alter*. [p. 112]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

- **O risco nas obrigações unilaterais**

Quem perde a pretensão (direito material), em decorrência do desaparecimento do bem, é o credor. [p. 112]

O devedor não perde nenhuma pretensão, já que não a possui. [p. 113]

## Capítulo III – Desenvolvimento do vínculo obrigacional

Na maioria dos casos, contudo, o desenvolvimento do vínculo far-seá imediatamente, ou dependerá de concretização, na hipótese de coisa genérica, ou concentração nas alternativas, ou ainda facultar-se-á substituir o objeto da prestação (*facultas alternativa*). [p.116]

### a. Obrigação de dar e de restituir

O desenvolvimento da obrigação de dar apresenta semelhança com a obrigação de restituir. Apenas, via de regra, na de restituir devolve-se a posse da coisa, enquanto na obrigação de dar não se manifesta esse aspecto. [p. 116]

- **A obrigação de dar como processo**

O processo da obrigação de dar é mais perceptível quando se cuida de dívidas genéricas ou alternativas, o qual ode ser observado através das atividades levadas a efeito no mundo social, a que correspondem fases e conceitos no mundo jurídico. [p. 116]

O destino que preside ao desenvolvimento da obrigação é o fim jurídico que a comanda e a orienta e, por esse motivo, afirma-se que ela se dirige ao adimplemento para, por meio deste, satisfazer o interesse do credor. [p. 116]

Nas obrigações de dar propriamente ditas, o problema surge naquelas hipóteses em que uma das fases consiste em transferir a posse, ou em que se admita o registro no albo imobiliário. A doutrina entre nós (...) tem entendido que a cláusula de vigência da locação de coisa locada, uma vez registrada, constituiria um verdadeiro ônus real que acompanharia o imóvel. [p. 117]

Sendo a obrigação um processo que se dirige ao adimplemento, resolve-se se, sem dificuldade, o problema. A transferência de posse, em verdade, constitui adimplemento do contrato de locação, o qual, por ser duradouro, exige que o cumprimento se prolongue no tempo. A proteção possessória, manifestamente, não diz respeito ao desenvolvimento da relação obrigacional, mas ao seu adimplemento, com o qual se transfere a posse e, consequentemente, as garantias processuiais que com ela se relacionam. [p. 118]

- **Execução da obrigação de dar**

A obrigação de dar pode ser diretamente executada, principalmente quando consistir na transferência de propriedade. Discutiu-se no direito brasileiro se, na hipótese de não querer o devedor

This document is available on studocu
Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

cumprir o prometido, caberia ação de adimplemento, ou se somente seria possível pedir perdas e danos (...) se tem admitido a ação direta de adimplemento. [p. 119]

Ação de adimplemento existe quando não se presta o devido ou enquanto não se tornou impossível prestar. [p. 120]

Quando se presta com defeito (...) a ação que compete não é a de prestação, porque esta já se efeitvou, mas referente ao "defeito da coisa". [p. 120]

- **Impossibilidade superveniente**

Se "a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá ele pelo equivalente, mais as perdas e danos" (art. 234 do CC/02). [p. 121]

- **Obrigação de restituir**

A distinção (da obrigação de dar) impõe-se porque o tratamento das obrigações de restituir está sob o comando de regras diversas, em certos aspectos, das de dar. De modo geral, trata-se de restituir a posse, não a propriedade. [p. 122]

- **Obrigação de restituir e impossibilidade**

Se "esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, porém, a ele os seus direitos até o dia da perda" (art. 238 do CC/02). [p.122]

É a devolução a única virtualidade que se confere ao devedor? Se o crisco corre para o credor, deve-se admitir que possa o devedor exigir redução proporcional da locação. [p. 123]

- **Deterioração por culpa do devedor**

Na impossibilidade total em razão de culpa, nos termos do art. 239, aplicar-se-á o disposto no art. 234, *in fine* – isto é, "responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos". Na hipótese de impossibilidade parcial, aplicam-se as regras do art. 236 – isto é, "poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos". [p. 124]

- **Melhoramentos e acrescidos**

Se o aumento ou melhoramento ocorreu sem despesa ou trabalho, o credor receberá o acréscimo sem indenização. [p. 124]

Todavia, se para esse melhoramento empregou o devedor trabalho ou dispêndio, vigorará o estatuído nos arts. 1219 e 1.222 do Código Civil. [p. 124]

**b. Obrigação de fazer e de não fazer**

Poder-se-ia definir a obrigação de fazer, segundo Kunkel, como toda aquela em que a prestação consistisse numa atividade necessária para que alguém desse algo. [p. 125]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

- **A obrigação de fazer como processo**

O adimplemento das obrigações de fazer constitui ato-fato. (...) Em alguns casos, entretanto, o cumprimento da obrigação de fazer constitui negócio jurídico. As hipóteses enumeradas sob tal categoria são as de *pactum de contrahendo*. A mais importante delas é o pré-contrato de venda de imóvel. [p. 125]

A exata exagese, a nosso ver, está em consideraro pré-contrato como gerador, em princípio, de mera obrigação de fazer. [p. 127]

Do pré-contrato nasce obrigação de fazer, vale dizer que o desenvolvimento se operará na dimensão dos direitos obrigacionais. [p. 128]

Além da obrigação de fazer, irradia o pré-contrato a obrigação de de posse. O credor pré-contratante possui hoje direito à posse do imóvel. Essa obrigação, notoriamente, é de dar. A obrigação principal e que define o contrato, contudo, é a de fazer. [p. 128]

- **Obrigação de fazer e patrimonialismo**

Em se tratando de obrigação de fazer, nem sempre será possível exigir condenação *in natura*, em razão do caráter pessoal da prestação. [p. 129]

Parece-nos que a razão está com Pontes de Miranda, quando afima que a patrimonialidade não é elemento necessário à definição da obrigação. [p. 129]

A tônica, todavia, do direito atual consiste em admitir progressivamente a jurisdicização de cerrtos interesses que podem, na hipótese de inadimplemento, não ensejar perdas e danos. De outro lado, exigir sempre caráter econômico, dirata ou indiretamente, seria conceber o direito como superestrutura da economia. [p. 130]

- **Obrigação de fazer e execução**

O art. 887 do CC expressa a regra de que, nesse tipo de obrigação, “o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente. [p. 131]

Fora, portanto, dessa hipótese (convencional) ou da pessoalidade da prestação, do interessse intrínseco na prática de determinado ato por algupem, possuidor de determinadda qualidade que o extrema dos demais, princípio é que a prestação pode ser feita por terceiro. [p. 131]

O art. 249 expõe a segunte regra: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos”. [p. 132]

Na obrigação de pintar um quadro e entregá-lo, existem dois deveres: um tipicamente de fazer (pintar o quadro) e outro de dar (a entrega). [p. 133]

- **Obrigação de fazer e impossibilidade**

A obrigação de fazer não pode ter objeto indefinido e indeterminado. [p. 133]

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

Em se tratando de mera inaptidão inicial, cuidando-se de obra que possa ser feita por outrem, não há equiparação de inaptidão inicial com a impossibilidade, o devedor assume o risto de prestá-la, portanto, entregá-la, ainda que realizada por terceiro. Se for posterior, entretanto, como inaptidão se equipara a impossibilidade, o devedor libera-se. [p. 134]

Se a prestação do fato se impossibilitar por culpa do devedor, responderá este por perdas e danos. [p. 134]

- **Obrigação de não fazer**

À obrigação de fazer contrapõem-se as de abster, de permitir e de tolerar. [p. 135]

Ninguém pode se obrigar a um não fazer genérico. [p. 135]

A obrigação de não fazer pode estar como contraparte (dever anexo) de outras obrigações. [p. 135]

Outras vezes, pode a obrigação de fazer ser o próprio conteúdo da prestação, como nas obrigações de não fazer concorrência. [p. 135]

Nem sempre o prazo necessita estar expressamente determinado no ato jurídico, para que se deva admitir que o negócio jurídico é à termo. [p. 136]

Não se pode tratar da obrigação de omitir (*non facere*) como algo completamente separado do fim do contrato. Todas as prestações, inclusive as abstencionais, são comandadas pelo *telos* da relação jurídica. [p. 136]

- **Obrigação de não fazer e interesse patrimonial**

Em alguns casos de obrigação de não fazer, não se pode pensar em ação de adimplemento, quando se cuidar de ato que deva ser praticado de omissão em que devem ser adimplidos em momento determinado. Assim, quando, no momento em que devia realizar a omissão, pratica o devedor ato contrário, não se poderá pensar numa ação de adimplemento por parte do devedor. [p. 137]

A solução de nosso Código, de que o descumprimento das obrigações enseja adimplemento específico (se possível) e perdas e danos, deve ser entendida, quanto a estas últimas, no sentido de que o dano tenha conseqüências patrimoniais, salvo hipóteses especificamente normadas. [p. 137]

- **Obrigação de não fazer e impossibilidade**

O Código Civil, no art. 250, formula a regra de que a obrigação de não fazer se extingue “desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar”. [p. 138]

- **Obrigação de não e *actio***

Do art. 251, deduz-se que o ato praticado sem que o devedor possa alegar impossibilidade facultará o credor a exigir dele que o desfaça, sob pena de ser desfeito à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. [p. 138]

A possibilidade de ir adiante no *inter* da eficácia material de direito, de “se desfazer à sua custa”, caracteriza-se como ação em sentido material (*actio*). [p. 138]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

**c. Obrigações genéricas**

Existem certas obrigações em que, no momento em que nascem, o objeto ainda não está determinado, embora seja determinável. Costuma-se chamar essas obrigações de genéricas, ou de dar coisa incerta. A coisa "será indicada, ao menos, pelo gênero e quantidade", e o devedor terá que prestar objeto de qualidade média, a ele cabendo a escolha, "se o contrário não resultar titulo da obrigação". [p. 139]

- **Obrigações pecuniárias**

Tratar-se-ia de algo semelhante à mercadora, e por esse motivo, o dinheiro encontrou seu enquadramento no direito das obrigações entre as genéricas. [p. 139]

O Código Civil brasileiro emitiu regra comum às coisas fungíveis e consumíveis, incluindo-se entre elas, sem distinção, o dinheiro, no parágrafo único do art. 307, referente ao adimplemento: "Se, porém, se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor, que, de boa-fé, a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de alheá-la". [p. 140]

A diferença, portanto, entre mercadoria e dinheiro é que aquela, pelo menos em tese, sempre possui valor de troca, mas o dinheiro é este próprio valor, posto seja meio legal de pagamento. [p. 142]

- **O dinheiro e o princípio da separação de planos**

Não é possível tratar como espécie idêntica, com intuito de simetria e sistematização, o dinheiro e os títulos de crédito. Estes últimos, embora costumeiramente sejam utilizados como dinheiro, na praxe comercial e bancária, não possuem a mesma categoria jurídica. O pagamento, que através deles se opera, repercute juridicamente como cessão de crédito. [p. 142]

O dinheiro, porém, como objeto de qualificação dogmática, não pode ser havido como algo separado dos elementos que lhe dão forma e perceptibilidade. Deve-se admitir que a matéria-prima que informa o valor – o metal e o papel – pode possuir pouca ou nenhuma valia quando separada da função que lhe comete o Estado ao considerá-la meio legal de pagamento. Mas é imperioso aceitar que o conteúdo, o valor de compra que o dinheiro traduz, sem o continente, não é pensável como elemento circulante, como algo que serve de medida para o escambo. E desde que o dinheiro necessite de forma que o torne reconhecível no mundo social – e que esta forma seja uma coisa móvel –, não pode a dogmática deixar de considerar este último apecto e submetê-lo, no que a ele se refira, a certas regras peculiares às obrigações genéricas. [p. 143]

O dinheiro é bem móvel consumível e, por esse motivo, sujeito às regras de transmissão de propriedade, notadamente às de tradição. [p. 144]

- **Dinheiro e acordo de transmissão**

Segundo nosso Código Civil, em se tratando de bem fungível e consumível, o devedor nada poderá reclamar contra o credor que o recebeu e consumiu, desde que este último esteja de boa-fé. Vale dizer,

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

não possui pretensão exercitável contra ele. Todavia, se recebeu de má-fé, e ainda não se operou a consumpção, poderia ao legitimado, *in thesi*, caber ação repercutória. Se o bem foi consumido, a ação é de enriquecimento sem causa, sendo o dever de prestar dívida de valor real. [p. 145]

- **Concretização e riscos**

Por sua extrema consumptibilidade, a concretização não se opera do mesmo modo que as demais coisas fungíveis. [p. 145]

Em se tratando de dinheiro, praticamente se pode dizer que a posse coincide com a propriedade. Nesse sentido, a concretização (...) está sujeita a regras decorrentes da natureza do dinheiro. [p. 146]

A concretização do dinheiro exige que ele seja retirado do patrimônio do devedor e, segundo Simitis, que ele seja depositado. Bastará que o próprio devedor o faça, retirando-o de circulação, individualizando-o e conservando-o sem qualquer possibilidade de mistura ou comistão. (...) Entre nós, sustenta esse ponto de vista Orlando Gomes. [p. 146]

É preciso levar em conta que o dever de prestar em dinheiro não se refere a determinada moeda. [p. 146]

- **Dívida de valor nominal e de valor real**

Via de regra, a dívida de prestar em dinheiro é do valor nominal, significando com essa expressão que não se considera o valor real, ou seja, a quantidade de objetos que com ele se pode comprar. [p. 146]

Somente naquelas dívidas cuja prestação primária se enderece à entrega de dinheiro, as perdas e danos hão de constituir em juros de mora e custas. [p. 147]

Quando a prestação primária não se relaciona com dinheiro, mas com objetos de outra natureza, e se esta se houver tornado impossível por culpa do devedor, a dívida a ser adimplida é de valor real. [p. 148]

- **Dívida de prestar em dinheiro e autonomia da vontade**

A dívida de prestar em dinheiro, *in thesi*, pode ser em moeda nacional ou estrangeira. [p. 148]

Deve-se operar a conversão em moeda nacional, no momento da existência do negócio jurídico. (...) pelo seu valor legal. [p. 149]

- **Obrigações genéricas em sentido próprio**

Obrigações estas de prestar coisas ainda não determinadas no momento da existência do negócio jurídico, embora determináveis no desenvolvimento da relação obrigacional. [p. 149]

Para existência de dever, a determinação mínima é a do gênero e quantidade. [p. 150]

O processo da relação jurídica supõe, como momento prévio ao adimplemento, a determinação da *res debita*. Em função dessa circunstância é usual dividar as obrigações em puramente genéricas ou restritas. Estas útlmas, a seu turno, comportam graus de restrição. [p. 150]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

No que diz respeito aos riscos, os casos fortuitos ocorrentes no momento em que se realizam aqueles atos, pelo art. 492, §1º, correrão por conta do comprador, desde que tenham as aludidas mercadorias sido postas â sua disposição. [p. 152]

- **A obrigação genérica como processo**

O vínculo da obrigação genérica, ao endereçar-se, no plano dos direitos pessoais, ao adimplemento, encontra uma fase ou momento necessário à eficácia do ato dispositivo. [p. 152]

Embora esteja firme na doutrina e na jurisprudência o discrime entre impossibilidade e dificuldade, não se pode concluir com aquela amplitude. Em princípio, a maior ou menor restrição depende de hermenêutica. [p. 152]

Quando alguém se obriga a entregar determinada mercadoria, não se lhe impõe o dever de pesquisar, em todo o globo, a existência de uma unidade para satisfazer o prometido. [p. 152]

Essa relativização do conceito de dívida genérica, ainda que pura ou não restrita, resulta, de um lado, da aplicação do princípio da boa-fé, que fixa os limites da conduta do devedor; de outro, do conceito da obrigação como processo. [p. 153]

- **A concretização**

No *iter* de desenvolvimento, há uma fase da relação jurídica genérica que se denomina concretização. Em nosso Código Civil, ela tem o nome de “escolha”. [p. 153]

O princípio é de que “a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrgação”. [p. 153]

A qualidade da coisa a ser prestada é a média, não estando obrigado o devedor a prestar melhor, nem podendo prestar a pior. [p. 153]

Se localiza no plano de nascimento e desenvolvimento das obrigações. [p. 153]

A individualização realiza-se mediante atividades ou volições que entram no mundo jurídico como fatos Constituem mero arbítrio e, portanto, ato-fato. [p. 154]

A concretização não opera modificações no conteúdo da dívida, pois representa, apenas, uma fase no processo da relação genérica. [p. 155]

- **Concretização e dívida *quérable* ou *portable***

O efeito da dóvoda não se relaciona, em princípio (ou pode não se relacionar) com o tipo de dívida – *quérable* ou *portable*. [p. 156]

Em nosso direito, a concretização realiza-se na dimensão do desenvolvimento da dívida, como deveria suceder, logicamente, a todos os sistemas. [p. 156]

**d. Obrigações alternativas e com *facultas alternativa***

O desenvolvimento do vínculo obrigacional em que se contempla a possibilidade de escolha entre duas ou mais prestações possíveis apresenta-se, no mundo social, com certa semelhança às obrigações

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

genéricas de tipo restrito. A diferença dogmática é, contudo, nítida, em face da categoria do ato escolha e da circunstância de existirem *ab initio* pelo menos duas prestações como possíveis. [p. 156]

As alternativas podem consistir em prestações de natureza diferente, como, por exemplo, escolher entre um automóvel e uma viagem. [p. 156]

As alternativas supõem provisória indeterminação do conteúdo do que se vai prestar, e, por esse motivo, não se podem, também, haver como tais aquelas obrigações em que se reservou a uma das partes a fixação do momento da entrega. [p. 157]

Os momentos e fases por que deverá passar o vínculo ao endereçar-se para o adimplemento. [p. 157]

No que respeita à escolha nas obrigações alternativas, é fora de dúvida que se trata de ato jurídico, mas a discussão surge quando se investiga sua categoria. Há quem afirme tratar-se de negócio jurídico, enquanto outros a têm como ato em sentido estrito. [p. 158]

Pontes de Miranda admite que possam resultar atos em sentido estrito. O aspecto mais importante para qualificar a escolha como ato em sentido estrito é a circunstância de que os efeitos são somente os resultantes *ex lege* da escolha. Esta não pode, consequentemente, ser condicionada. A escolha representa a fase mais importante do processo das obrigações alternativas e caracteriza esse tipo de dívida. [p. 158]

- **A obrigação alternativa como processo**
    - **O direito de escolha**

O direito de escolher é parte integrante do vínculo obrigacional. Por esse motivo, transfere-se com ele aos herdeiros do legitimado e, em caso de assunção de dívida, quando a escolha couber ao devedor, transfere-se, por igual, ao novo *debitor*; e se couber ao credor, poderá ser exercido perante este último. [p. 159]

Não se pode, à sua vez, renunciá-lo, nem cedê-lo, de modo autônomo, isto é, sem abdicar ou transferir toda a relação jurídica. Somente mediante um novo negócio jurídico (acordo entre devedor e credor) seria possível atribuir esse direito a um terceiro. [p. 159]

O nosso Código Civil não determinou em que momento se deverá realizar a escolha. [p. 159]

Ora, como o adimplemento supõe determinação do objeto da prestação, e como a escolha pertence ao plano do desenvolvimento da obrigação, ela deverpa ocorrer antes do termo fixado para o adimplemento. Quando a obrigação não tem prazo, supõe-se exigível de imediato. [p. 159]

Não cabe ação para execução da escolha. [p. 160]

    - **Impossibilidade**

"Se uma das duas prestações", reza o art. 253, "não puder ser objeto de obrigação, ou se tonar inexeqüível, substituirá o débito quanto à outra. [p. 161]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

"Se todas as obrigações se tornarem impossível sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação". [p. 161]

Dispõe o art. 254: "Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar". [p. 161]

"Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações se tornar impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir ou a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos" (art. 255 do CC/02). [p. 161]

- **A obrigação com *facultas alternativa* como processo**

O desenvolvimento do vínculo em que há *facultas alternativa* assemelha-se externamente ao das obrigações alternativas. Internamente, porém, a diferença é evidente. O devedor possui, apenas, a faculdade de substituir o objeto da prestação. Não lhe é aplicável o dispositivo referente à escolha nas obrigações alternativas. [p. 162]

Por sua vez, o exercício da faculdade de substituição não se situa no plano do desenvolvimento da obrigação, mas no do adimplemento. [p. 163]

**e. Obrigações duradouras**

O nosso Código Civil não disciplinou as obrigações duradouras. [p. 163]

As duradouras são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia. [p. 163]

- **Obrigação duradoura e divisibilidade**

O que caracteriza a obrigação como duradoura não é, propriamente, a circunstância de que ela, necessariamente, deva vigorar por maior período de tempo. [p. 164]

O débito é o mesmo em novo momento temporal. [p. 164]

A obrigação duradoura, como processo, tem início, meio e fim, mas o adimplemento, que se manifesta no período intermístico, não modifica o débito, mas apenas impede que o credor exija o que foi adimplido e que já pertence ao passado. [p. 164]

- **Obrigações duradouras e obrigações reiteradas**

Pontes de Miranda entende que, na locação, a prestação do locador é duradoura; a do locatário, reiterada. E afirma que exise ainda distinção entre as duradouras e reiteradas porque nestas o prestado se repete, se pluraliza, como se fosse uma pulsação. [p. 164]

- **Obrigações duradouras em sentido próprio**

Admite-se, em geral, que possam ser incluídas as que nascem da locação, do arrendamento, do comodato, do depósito, do cotrato de trabalho e de sociedade. Uma das características desse tipo de

This document is available on studocu

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)

vínculo é a maior consideração à pessoa, partícipe do vínculo, com maior intensidade de deveres, resultantes da concreção do princípio da boa-fé. [p. 165]

- **Obrigação duradoura e impossibilidade**

A impossibilidade nas obrigações duradouras acarreta, se prévia, a nulidade do contrato; se superveniente, no período em que já se está adimplindo, a liberação do devedor a partir do momento em que se verifica a impossibilidade. [p. 166]

## Conclusão

A obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos. [p. 167]

Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o plano do adimplemento. [p. 167]

O sistema do Código Civil brasileiro foi construído com base nessa separação de fases e dimensões. [p. 167]

Ao definir a obrigação como processo, o princípio da separação de planos tornou-se fundamental, juntamente com os princípios da autonomia e da boa-fé. [p. 168]

A separação de planos é, contudo, em nosso direito, meramente relativa, pois a transmissão da propriedade é causal. [p. 168]

A intensidade do desenvolvimento da dívida está em relação com os elementos que a estruturam, débito e responsabilidade, aos quais correspondem, respectivamente, a prestação primária e a secundária. [p. 168]

Em todas as obrigações perfeitas, caberá, na hipótese de descumprimento, se não houver ou se não for possível utilizar-se a pretensão à prestação primária, perdas e danos. [p. 168]

É fundamental, para que se possa adimplir, a determinação do que se deva prestar. [p. 168]

A principal transformação ocorrente na teoria das fontes é a existência de deveres decorrente da concreção do princípio da boa-fé. [p. 169]

Da concreção desse princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. [p. 169]

Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma nova ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal. [p. 169]

Downloaded by Paulo Ilorca Ilorca (paulo.ilorca86@gmail.com)